

Rapport de synthèse

LES CONTRATS SPÉCIAUX

DANS L'HARMONISATION

DU DROIT EUROPÉEN

DES CONTRATS⁽⁶²⁰⁾

Benoît KOHL

Professeur à l'Université de Liège

Professeur invité à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas)

Avocat au Barreau de Bruxelles (Stibbe)⁽⁶²¹⁾

I. INTRODUCTION

La journée d'étude organisée le 17 juin 2011 par le Centre René Demogue de l'Université de Lille 2 arrivait à point nommé. Le Groupe d'expert constitué par la Commission européenne venait en effet, le 3 mai 2011, de rendre publics les résultats de ses travaux. Ceux-ci prenaient la forme d'une « Étude de faisabilité » (« *Feasability Study* »), s'analysant en réalité comme un véritable avant-projet d'instrument optionnel d'harmonisation du droit européen des contrats⁽⁶²²⁾.

Cette Étude de faisabilité faisait suite au Livre vert du 1^{er} juillet 2010 *relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les*

(620) Rapport de synthèse de la journée d'étude intitulée « Vers un droit européen des contrats spéciaux » qui s'est tenue le 17 juin 2011 à Lille. Le style oral a été conservé.

(621) L'auteur est membre du Groupe de travail « Droit européen des contrats » du C.C.B.E. (Conseil des Barreaux de l'Union Européenne).

(622) Entre la date de la présentation de ce rapport lors de la journée d'étude et la publication du présent ouvrage a été publiée par la Commission, le 11 octobre 2011, la proposition de Règlement relatif à un droit commun européen de la vente (COM(2011) 635 final). Le texte de cette proposition reproduit pour l'essentiel celui de l'avant-projet d'instrument optionnel figurant dans l'Étude de faisabilité du 3 mai 2011.

consommateurs et les entreprises, dans lequel la Commission européenne identifiait sept actions possibles pour consolider le marché intérieur en accomplissant des progrès dans le domaine du droit européen des contrats. Dans ce livre vert, la Commission lançait également une consultation publique au sujet de ces différentes actions. À cet effet, le Livre vert posait différentes questions, dont l'une d'entre elles a retenu plus spécialement l'attention des organisateurs de cette journée d'étude : « 4.3.3. *Des types spécifiques de contrats devraient-ils relever de l'instrument [d'harmonisation du droit européen des contrats] ?* ».

Ce thème a été abordé sous différents angles lors de cette journée d'étude, dont la présente contribution dresse la brève synthèse.

II. HISTORIQUE DE L'HARMONISATION DU DROIT DES CONTRATS

Avant de se pencher sur le présent et le futur du droit européen des contrats, il est toujours opportun de voir d'où l'on vient.

D. Voinot et F. Zoll ont ainsi respectivement rappelé les bases solides sur lesquelles s'appuient actuellement les travaux de la Commission européenne⁽⁶²³⁾.

D'abord, les principes UNIDROIT, les Principes de Droit Européen des Contrats (*Principles of European Contract Law*) préparés par la Commission Lando, les travaux du « Groupe de Trente », sous la direction de U. Mattei et de M. Bussani, consacré au *Common core* du droit privé européen, les travaux du « Groupe de Pavie », qui a publié en 2001 un projet de Code européen des contrats, ceux du groupe d'études sur un Code civil européen, dirigé par C. von Bar ou encore ceux de l'« Acquis group », chargé de la détermination des principes de droit privé européen résultant de l'acquis communautaire.

Ensuite, les initiatives politiques, parmi lesquelles l'on doit notamment citer la Résolution du Parlement européen du 26 juin 1989, demandant que soient entamés les travaux sur la possibilité d'élaborer un Code européen commun en droit privé, puis la Communication de la Commission européenne du 11 juillet 2001 concernant le droit européen des contrats, ainsi que le « Programme d'action » en matière de droit européen des contrats adopté par la Commission dans sa Communication du 14 février 2003.

Enfin, plus récemment, le projet académique de « Cadre Commun de Référence » (*Draft Common Frame of Reference*), œuvre majeure dans le processus d'harmonisation du droit des contrats, et dont l'Étude de faisabilité, certes au champ d'application bien plus limité, s'inspire directement.

(623) Voy. le rapport de D. VOINOT, pp. 11-12 et le rapport de F. ZOLL, pp. 105-107.

III. L'HARMONISATION DU DROIT DES CONTRATS, LE DROIT DE LA CONSOMMATION ET LE DROIT DE LA CONCURRENCE

L'harmonisation du droit européen des contrats fait peu de cas de la rigueur avec laquelle la jurisprudence et la doctrine traditionnelle procèdent, en droit français ou en droit belge, au processus de qualification des contrats spéciaux. En réalité, la déstructuration des qualifications habituelles à laquelle procède le législateur communautaire n'est pas propre au processus d'harmonisation du droit des contrats. Déjà auparavant, le développement du droit européen de la consommation d'une part, et du droit de la concurrence d'autre part, se sont fort peu embarrassés des qualifications juridiques habituellement retenues dans certains systèmes juridiques.

A. *Harmonisation du droit des contrats et droit de la consommation*

Le droit européen de la consommation s'inquiète peu des catégories contractuelles ; il en crée même parfois de nouvelles, tel le « contrats à distance », nouvelle catégorie transversale regroupant différents contrats, sans considération de leur qualification civiliste traditionnelle. De même, de nouveaux contrats sont parfois créés de toutes pièces (par exemple le contrat de « voyage à forfait »).

En parallèle à la réflexion sur l'harmonisation du droit des contrats, la Commission européenne a récemment entrepris de réformer le droit européen de la consommation. Ce processus est bien plus avancé, puisqu'il s'est concrétisé par le dépôt, en octobre 2008, d'une proposition de directive sur les droits des consommateurs, dont le texte définitif devrait être publié dans les prochains mois.

Comme le relève C. Aubert de Vincelles⁽⁶²⁴⁾, cette nouvelle directive constitue l'un des témoignages, en droit européen, de la différenciation de plus en plus forte des contrats selon la qualité des contractants. Cette différenciation s'écarte de certaines traditions nationales, notamment les droits français et belge, dans lesquels le « contrat de consommation » n'est pas un contrat spécial au sens strict, la qualité des parties n'affectant pas leurs obligations principales. Au contraire, la proposition de directive sur les droits des consommateurs, et plus particulièrement son chapitre 2 qui précise le contenu de l'obligation d'information du professionnel pour tous les contrats de vente et de services conclus entre professionnels et consommateurs, instaure une règle générale appliquée aux seuls contrats de consommation. Selon C. Aubert de Vincelles, la construction d'un régime propre au contrat de consommation est encore accen-

(624) Voy. le rapport de C. AUBERT DE VINCELLES, p. 61.

tuée par le régime particulier élaboré en cette matière par la Cour de justice ⁽⁶²⁵⁾. Les initiatives récentes confirment dès lors l'érection du droit de la consommation en discipline propre, répondant à ses propres règles, progressivement déconnectées du droit des contrats qui en constituait le terreau. L'auteur semble rejoindre ceux qui, en doctrine, estiment que, au sein des contrats spéciaux européens, le contrat de consommation pourrait recevoir un régime spécifique et commun à tous les contrats de consommation, matérialisé par exemple au travers de l'adoption d'un code européen de la consommation ⁽⁶²⁶⁾.

Enfin, dans son intervention orale, H. Schulte-Nolke a souligné que si des règles protectrices de la partie faible devaient être intégrées dans le droit commun européen, celles-ci devraient, avec les éventuels aménagements nécessaires, bénéficier aussi aux petites et moyennes entreprises dans leurs relations avec les professionnels : le besoin de protection est, pour l'essentiel, similaire. Ce vœu semble, en partie, avoir été accueilli, à la lecture de l'Étude de faisabilité publiée le 3 mai 2011 : à côté de certaines dispositions protectrices de consommateurs, d'autres bénéficient autant à ceux-ci qu'aux petites et moyennes entreprises (spécialement en matière de clauses abusives).

B. Harmonisation du droit des contrats et droit de la concurrence

La construction du droit européen des contrats ne peut en outre se passer de l'analyse du droit de la concurrence. Dans l'histoire du développement de l'acquis européen, cette matière a en effet, avec les libertés de circulation, précédé les autres et pourrait, à ce titre, servir d'inspiration pour l'harmonisation du droit des contrats.

Or, comme l'explique M. Chagny ⁽⁶²⁷⁾, le droit européen de la concurrence, s'appliquant bien au-delà des seuls contrats commerciaux, ne se préoccupe pas de la nature civile ou même publique des contrats. L'unique exigence est que le contrat se rattache à l'exercice d'une activité économique quelle qu'elle soit, ce qui suppose seulement une offre de produits ou de services sur le marché. Le droit européen de la concurrence ignore donc également la qualification juridique de tel ou tel contrat : n'importe quel contrat, indépendamment de sa qualification juridique, peut constituer une entente dès lors qu'il est le support d'un concours de volontés collusives réduisant ou annihilant l'indépendance de comportements des contractants sur le marché ; l'exploitation abusive d'une position dominante peut pareillement se manifester dans un contrat quelconque,

(625) *Ibid.*, pp. 62-63.

(626) *Ibid.*, p. 63.

(627) Voy. le rapport de M. CHAGNY, pp. 94-96.

peu important sa nature ; de la même manière, les contrats susceptibles de donner prise à un contrôle des concentrations ou à une vérification de la compatibilité d'une aide d'État peuvent être de natures variées : contrats de sociétés, de vente, d'entreprise, de franchise, d'approvisionnement à long terme...⁽⁶²⁸⁾. En sens inverse, le droit européen de la concurrence a aussi contribué à créer de nouvelles catégories, M. Chagny citant notamment les « contrats de contrôle », les « contrats de PME » (ou « contrats d'importance mineure »). Même les types contractuels habituels, telle la vente, se trouvent renouvelés sous l'influence du droit européen de la concurrence : la distinction entre les « ventes actives » et les « ventes passives » dans le cadre des dispositions relatives à l'exclusivité territoriale en constitue une illustration⁽⁶²⁹⁾.

IV. HARMONISATION DU DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX : UNE QUESTION DE MÉTHODE

Avant de procéder à l'examen du contenu des projets d'harmonisation au regard des différents contrats spéciaux, il convient de s'interroger sur la méthode actuellement retenue, c'est-à-dire le choix de proposer un instrument harmonisant le droit spécial de la vente, et non le droit commun des contrats, ainsi que sur le vecteur choisi pour l'harmonisation, c'est-à-dire un règlement européen contenant un instrument optionnel. Il convient également d'examiner la place laissée à l'autorégulation dans ce système. Enfin, si un tel instrument optionnel devait être adopté, encore conviendra-t-il d'opérer un choix entre un mécanisme d'« *opt in* » et un mécanisme d'« *opt out* ».

A. Contrats spéciaux ou droit commun des contrats ?

J. Sénéchal semble approuver l'option actuellement retenue par la commission européenne qui propose de se limiter à harmoniser le droit européen du contrat de vente : selon J. Sénéchal, les contractants pourraient s'approprier plus facilement un ensemble complet de règles dédié à un contrat spécial, même si une bonne partie de ces règles spéciales ne sont, en réalité, que des règles générales à peine voilées. Le droit européen se construirait ainsi contrat spécial par contrat spécial, « module successif par module successif ». Ce n'est que dans un second temps, après l'élaboration des modules dédiés aux contrats spéciaux, qu'il pourrait être procédé à la consécration formelle du droit commun des contrats⁽⁶³⁰⁾.

(628) *Ibid.*, l.c.

(629) *Ibid.*, p. 103.

(630) Voy. le rapport de J. SÉNÉCHAL, p. 48.

C. Aubert de Vincelles partage ce point de vue, constatant que le droit commun européen peut difficilement exister de manière autonome : les contrats que concluent les acteurs économiques sont généralement des contrats spéciaux, de telle sorte que, dans un processus d'harmonisation, ils ne peuvent être soumis avec cohérence à deux corps de règles de sources différentes, un droit commun européen et des règles spéciales nationales. Le droit commun européen devrait donc disposer d'un champ d'application limité aux contrats spéciaux harmonisés⁽⁶³¹⁾. B. Mallet-Bricout partage également cette analyse : les contrats conclus dans la 'vraie vie juridique' sont en effet pour la plupart des contrats spéciaux : le contrat de droit commun ne constituerait qu'un « concept abstrait et sans consistance »⁽⁶³²⁾. L'auteur souligne donc qu'un droit européen des contrats ne pourrait avoir d'existence tangible sans un droit spécial des contrats, et que l'on imaginerait difficilement que soit offerte aux parties la possibilité de conclure tel contrat spécifique sous l'égide de tel droit national pour ce qui concerne les règles qui lui sont propres, tout en étant soumis à l'instrument européen pour ce qui relève du droit « commun » des contrats⁽⁶³³⁾.

Cette position est également justifiée par l'observation que tous les contrats spéciaux n'ont pas besoin d'être harmonisés car tous ne sont pas utilisés dans des relations transfrontières. C. Aubert de Vincelles relève par ailleurs qu'une telle approche, incluant droit commun et droit spécial, par type général de contrats spéciaux, permettrait une interprétation autonome et éviterait les articulations incohérentes avec les droits nationaux ; elle permettrait de conserver les droits nationaux et leur cohérence interne pour tous les autres contrats en dehors de ce champ⁽⁶³⁴⁾.

Enfin, comme le relève B. Mallet-Bricout, il est difficile d'imaginer un droit spécial des contrats créé indépendamment de tout droit commun des contrats. Le projet d'instrument optionnel contenu dans l'Étude de faisabilité, bien que ne s'appliquant qu'à la vente, ne déroge pas à ce principe : « en dépit de sa volonté affirmée de se concentrer sur les contrats de vente mobilière et les contrats de services associés à ces ventes, elle commence par consacrer ses trois premières parties à des dispositions dont la généralité n'aura échappé à aucun lecteur attentif »⁽⁶³⁵⁾.

Ceci n'est-il dès lors pas de nature à relativiser quelque peu le constat, notamment opéré par E. Terryn et P. Naeyaert⁽⁶³⁶⁾, que le projet actuel d'instrument optionnel ne serait *a priori* guère adéquat pour servir de socle à une harmonisation ultérieure d'autres contrats (notamment les contrats de distribution) ?

(631) Voy. le rapport de C. AUBERT DE VINCELLES, p. 66.

(632) Voy. le rapport de B. MALLET-BRICOUT, p. 168.

(633) *Ibid.*, l.c.

(634) Voy. le rapport de C. AUBERT DE VINCELLES, pp. 66-87.

(635) Voy. le rapport de B. MALLET-BRICOUT, p. 169.

(636) Voy. le rapport de E. TERRYEN et P. NAEYAERT, p. 206.

B. Directive ou règlement ?

S'agissant du vecteur d'harmonisation retenu, le recours au règlement contenant un instrument optionnel est généralement approuvé. C. Aubert de Vincelles relève ainsi qu'une directive européenne emportant harmonisation totale présenterait l'inconvénient de conduire à une insécurité juridique, trouvant sa source dans l'interdiction faite aux États membres d'établir une règle nationale différente, que cette règle provienne d'un droit spécial, du droit général des contrats, ou de toute législation qui pourrait avoir un lien avec le champ harmonisé ; ce risque est accru lorsque, comme en l'espèce, le champ d'application harmonisé est élargi, les interactions possibles entre le droit harmonisé et les règles nationales étant décuplées sans que l'on puisse totalement analyser à l'avance l'impact du texte⁽⁶³⁷⁾. L'auteur explique par ailleurs qu'en parallèle, l'harmonisation totale perturbe fortement la cohérence des droits nationaux par l'insertion de pans harmonisés qui ne correspondent généralement pas à des catégories juridiques nationales : « cet enchevêtrement de règles, nationales et européennes ne répondant pas au même régime, à la même interprétation, ni aux mêmes objectifs, nuit à la cohérence interne des droits nationaux ».

J. Sénéchal partage cette opinion : ayant relevé les difficultés inhérentes à la méthode de l'harmonisation complète par voie de directive, l'auteur prédit que « l'avenir est certainement davantage aux instruments optionnels, qu'aux directives d'harmonisation complète qui peuvent dans certaines circonstances être accueillies avec réserve par les États membres et le Parlement européen », au contraire de l'instrument optionnel qui, lui, semble promis à un bel avenir⁽⁶³⁸⁾.

C. Hard law ou soft law ?

Enfin, au-delà des instruments normatifs, l'importance du *soft law* dans le processus d'harmonisation du droit européen des contrats ne devrait pas être négligée. Tel est notamment le message porté par J. Sénéchal dans sa contribution : l'auteur revient en particulier sur la « boîte à outils », évoquée dans les options 2 et 3 du Livre vert de la Commission européenne du 1^{er} juillet 2010. Cet instrument de *soft law* constitue pour J. Sénéchal une étape importante dans la construction d'un acquis commun aux droits des différents États membres, en innervant peu à peu ces différents droits avec les règles générales et spéciales préalablement consacrées au sein de la boîte à outils⁽⁶³⁹⁾. Plus spécialement, l'option 3, consistant en l'adoption d'une recommandation adressée aux États membres, aurait le mérite d'inciter ceux-ci à intégrer progressivement

(637) Voy. le rapport de C. AUBERT DE VINCELLES, p. 69.

(638) Voy. le rapport de J. SÉNÉCHAL, p. 23.

(639) *Ibid.*, p. 45.

dans leurs systèmes juridiques respectifs des principes contractuels communs, tant en droit des contrats en général qu'en droit des contrats spéciaux. À long terme, le futur instrument normatif (*hard law*) en droit européen des contrats en général pourrait ainsi, selon l'auteur, s'appuyer non seulement sur les différents instruments normatifs harmonisant le droit de certains contrats spéciaux — dont l'instrument optionnel relatif au droit européen de la vente devrait constituer la première étape —, mais également sur la boîte à outil initiale en droit des contrats, que la Commission ne semble cependant plus évoquer dans ses travaux les plus récents ⁽⁶⁴⁰⁾.

Dans son analyse initiale du projet de Cadre commun de référence, M. Zoll ajoutait dans son exposé que le recours au *soft law* aurait également pu s'envisager par l'adjonction au projet académique de contrats standards intégrant les règles harmonisées du projet de Cadre commun de référence, pouvant servir de modèles au niveau européen aux entreprises et aux consommateurs.

Enfin, lors de son intervention orale, H. Schulte-Nolke insistait également l'intérêt du recours à des instruments de *soft law* dans le processus d'harmonisation du droit des contrats. Ainsi, les professionnels intégrant le droit européen des contrats dans leurs contrats avec les consommateurs — optant pour le « *blue button* » cher à H. Schulte-Nolke — ne pourraient-ils bénéficier d'un « label de qualité » ? Ce label, brandi auprès des consommateurs, devrait permettre à ces derniers de laisser en confiance un droit qui leur est *a priori* étranger gouverner leur contrat. La directive relative aux pratiques commerciales déloyales permettrait par ailleurs de s'assurer que ce « label de qualité » ne soit utilisé que par les professionnels s'y conformant strictement.

D. Opt in ou opt out ?

Une fois effectué le choix d'un instrument optionnel, encore conviendra-t-il de décider si les parties au contrat de vente devront choisir de soumettre leur contrat au régime harmonisé (*opt in*), ou si ce régime leur sera automatiquement applicable à défaut de mention contraire dans le contrat (*opt out*), comme c'est la cas actuellement pour les contrats internationaux de vente de marchandises qui entrent dans le champ d'application de la Convention de Vienne.

La voie retenue par la Commission européenne semble être celle de l'*opt in*. Comme l'explique M. Loos, un système d'*opt out* est en effet bien moins aisé à soutenir au plan politique, spécialement si l'instrument optionnel avait vocation à régir également les relations contractuelles purement internes : dans ce cas, dans la mesure où de très nombreux contrats de consommation sont conclus verbalement, la méthode de l'*opt out* entraînerait, de manière implicite mais

(640) *Ibid.*, pp. 50-52.

certaine, la substitution du droit interne de la vente mobilière par le droit européen (le droit national ne subsistant que pour les parties ayant manifesté l'intention que leur contrat ne soit pas régi par l'instrument européen) ⁽⁶⁴¹⁾.

Revient dans ce cas de manière récurrente, et notamment sous la plume de M. Loos ⁽⁶⁴²⁾, de H. Périnet-Marquet ⁽⁶⁴³⁾, ainsi que de E. Terryn et P. Naeyaert ⁽⁶⁴⁴⁾ dans le présent ouvrage, la question si le « choix » pour l'instrument optionnel en sera bien un, spécialement dans une relation contractuelle dans laquelle l'un des acteurs économiques bénéficie d'une position dominante par rapport à l'autre – notamment dans une relation contractuelle entre un professionnel et un consommateur.

En effet, si le principe de base d'un instrument optionnel, c'est la liberté de contrat plutôt que la préservation de la justice sociale et d'équité, il est très probable que l'instrument optionnel se traduira par moins de protection sociale car il n'y aura plus de place pour des règles impératives strictes au niveau national. Il est évident qu'un instrument optionnel, même s'il contient une protection des consommateurs d'un niveau très élevé, n'est pas susceptible de fournir le plus haut niveau de protection sur tous les sujets. Par conséquent, un tel instrument optionnel peut rapidement conduire à un nivellement par le bas et au dumping social ⁽⁶⁴⁵⁾.

En outre, la plupart des contrats conclus par les consommateurs avec les professionnels sont des contrats d'adhésion. Ils sont unilatéralement prédéfinis par les professionnels et ne font pas l'objet d'une négociation avec le consommateur. Afin de contrebalancer ce déséquilibre, le droit de la consommation impose une série de dispositions impératives qui prévalent à la volonté des parties contractantes. L'Étude de faisabilité laisse entendre que l'application de l'instrument optionnel à un contrat découlerait du choix des parties contractantes. Bien entendu, dans la pratique, ce choix sera toujours imposé aux consommateurs par les professionnels pour contourner l'application de règles nationales impératives plus protectrices (qui deviennent ainsi paradoxalement optionnelles). Le consommateur risque donc de se voir systématiquement imposer le système – national ou harmonisé, selon le cas – offrant le niveau de protection le plus bas. Le risque exposé ici n'est pas limité aux seuls contrats de consommation. Dans leur contribution, E. Terryn et P. Naeyaert relèvent ainsi que, dans plusieurs pays, les règles applicables à certains contrats de distribution constituent des normes impératives ou d'ordre public, protégeant la partie

(641) Voy. le rapport de M. LOOS, pp. 134-135.

(642) *Ibid.*, p. 149.

(643) Voy. le rapport de H. PÉRINET-MARQUET, pp. 162-163.

(644) Voy. le rapport de E. TERRYIN et P. NAEYAERT, p. 198-199.

(645) Voy. le rapport de M. LOOS, p. 144-145.

faible⁽⁶⁴⁶⁾. Un constat similaire est dressé par H. Périnet-Marquet en ce qui concerne certains contrats de services, spécialement dans le secteur de la construction immobilière⁽⁶⁴⁷⁾.

En outre, comme l'explique H. Périnet-Marquet⁽⁶⁴⁸⁾, le projet d'instrument optionnel résultant de l'Étude de faisabilité exclut, lorsqu'il est choisi, tout recours au droit national et précise que les parties sont libres de conclure un contrat et de déterminer son contenu en excluant ou dérogeant aux règles prévues, sauf mentions contraires. Or, ces mentions contraires ne jouent que pour les contrats conclus avec les consommateurs. La liberté contractuelle apparaît donc totale dans les relations entre professionnels. L'auteur s'interroge dès lors à juste titre sur la possibilité qu'il y aurait, dans ces rapports, d'écarter les règles d'ordre public du droit national mais aussi les règles de l'instrument optionnel puisque celles-ci ne sont alors que supplétives de volonté : « si telle est bien la volonté des rédacteurs, le choix n'est plus entre ordre public national et instrument optionnel mais entre ordre public national et liberté contractuelle quasi absolue autorisée par l'instrument optionnel. L'ordre public européen débouche alors sur la liberté contractuelle absolue »⁽⁶⁴⁹⁾. Un constat similaire est dressé par E. Terryn et P. Naeyaert, qui précisent que résiderait précisément dans cette liberté l'un des seuls intérêts que pourrait présenter un instrument optionnel d'harmonisation des contrats de distribution⁽⁶⁵⁰⁾.

E. Contrats transfrontaliers et/ou contrats internes ?

Le Livre vert du 1^{er} juillet 2010 posait notamment la question si l'instrument optionnel en droit des contrats en gestation devait avoir pour vocation de s'appliquer autant aux relations contractuelles transfrontalières qu'aux relations internes, ou aux premières seulement.

Dans sa contribution, M. Loos plaide pour la seconde solution : il s'interroge en effet sur l'utilité pour les professionnels, qui disposent déjà de la Convention de Vienne dans leurs relations transfrontalières, et qui sont par ailleurs soumis, dans leurs relations avec les consommateurs, au régime harmonisé de la garantie des biens de consommation, d'opter pour l'instrument optionnel si ce dernier ne pouvait s'appliquer également dans les relations internes⁽⁶⁵¹⁾. Dans son intervention orale, H. Schulte-Nolke a toutefois insisté sur le caractère exhaustif de la réglementation en projet, là où la directive relative à la

(646) Voy. le rapport de E. TERRY et P. NAEYAERT, pp. 191-196.

(647) Voy. le rapport de H. PÉRINET-MARQUET, p. 162.

(648) *Ibid.*, pp. 162-163.

(649) Voy. le rapport de H. PÉRINET-MARQUET, p. 163.

(650) Voy. le rapport de E. TERRY et P. NAEYAERT, pp. 201-202.

(651) Voy. le rapport de M. LOOS, pp. 138-139.

garantie des biens de consommation laisse encore subsister les droits nationaux de la vente en toile de fond.

M. Loos relève en outre qu'à la différence du passé, il est parfois bien difficile, spécialement en cas de recours à internet, d'identifier l'adresse géographique du partenaire, générant une incertitude quant à la qualification du contrat comme « transfrontalier » plutôt qu'« interne » et, par là, une insécurité juridique quant au régime applicable au contrat. Décider d'appliquer l'instrument optionnel aux relations internes autant que transfrontalières permettrait de surmonter cette insécurité et présenterait, partant, un atout non négligeable⁽⁶⁵²⁾.

Malgré ces arguments convaincants, l'option prise par la Commission européenne dans le projet d'instrument relatif au droit européen de la vente est celle de l'application aux relations transfrontalières uniquement.

V. HARMONISATION DU DROIT DES CONTRATS SPÉCIAUX : POUR QUELS CONTRATS SPÉCIAUX ?

Outre la méthode retenue pour l'harmonisation européenne du droit des contrats spéciaux – et notamment l'analyse du choix d'adopter dans un premier temps un instrument d'harmonisation du droit des contrats spéciaux, avant de préparer ensuite, le cas échéant, un instrument relatif au droit des contrats en général –, la détermination du contenu de l'instrument d'harmonisation retient également l'attention.

À cet égard, les différents intervenants se sont notamment penchés sur la question de la qualification contractuelle, qui mérite une attention particulière. Ensuite, l'utilité de l'harmonisation de différents contrats spéciaux a été examinée, et le contenu de celle-ci a été analysé, contrat par contrat, au départ des règles dégagées dans le projet académique de Cadre commun de référence.

A. La question de la qualification

Plusieurs auteurs n'ont pas manqué de relever que le droit européen s'inquiète en réalité très peu des catégories habituelles du droit des États membres⁽⁶⁵³⁾. Le processus de qualification contractuelle demeure paradoxalement fondamental, dans la mesure où le champ d'application matériel du projet d'instrument optionnel suppose la détermination du type de contrats visés par celui-ci. Comme l'observe J. SÉNÉCHAL⁽⁶⁵⁴⁾, le contrat de vente, qui seul fait actuellement l'objet de l'harmonisation, reçoit une définition plus simple que celle contenue

(652) *Ibid.*, p. 139.

(653) Voy. également *supra*, section 3.

(654) Voy. le rapport de J. SÉNÉCHAL, pp. 36-38.

dans la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. Elle est par ailleurs plus économique que celle contenue dans la directive relative aux droits des consommateurs.

En outre, sous couvert d'une harmonisation limitée à la vente, le projet d'instrument tel qu'il se présente actuellement, est en réalité de nature à s'appliquer aussi à de nombreux contrats de services, dans la mesure où, comme l'observe toujours J. Sénéchal ⁽⁶⁵⁵⁾, il englobe dans le contrat de vente, sans référence au critère de l'accessoire, tout contrat portant sur une marchandise à fabriquer ou à produire, peu importe la part de travail et la part de matière ayant contribué à cette fabrication.

Enfin, le projet d'instrument optionnel viserait également les « services connexes », étant les services liés à un bien, tels que l'installation, l'entretien, la réparation ou tout autre traitement, fourni par le vendeur du bien en vertu du contrat de vente ou d'un contrat distinct de services connexes conclu simultanément au contrat de vente. Ainsi que le relève cependant H. Périnet-Marquet ⁽⁶⁵⁶⁾, le service connexe ou accessoire à la vente est une notion délicate à cerner car elle se distingue difficilement de la vente accessoire au service : « La pose d'un robinet fourni par le plombier est-il un contrat de vente ou un contrat de service » ? Néanmoins, comme l'explique l'auteur, « (...) dans l'optique retenue, il n'est pas nécessaire d'appliquer une qualification unique à la relation contractuelle. Des règles spécifiques s'appliquant distributivement à chaque partie du contrat, la notion d'accessoire perd de son importance. L'idée de ce dépeçage binaire des règles contractuelles est intéressante, même si elle entraîne une complexité évidente du droit applicable » ⁽⁶⁵⁷⁾.

B. La question du contenu

L'identification des différents types de contrats qui, au-delà de la vente, pourraient ou devraient figurer dans l'instrument d'harmonisation a été étudiée par M. Loos, H. Périnet-Marquet, B. Mallet-Bricout ainsi que par E. Terryn et P. Naeyaert.

Dans sa contribution, M. Loos regrette d'abord que le projet d'instrument optionnel annexé à l'étude de faisabilité ne comporte pas de réglementation relative à la capacité des parties contractantes. En particulier, si l'instrument optionnel a vocation à s'appliquer aussi aux contrats conclu avec les consommateurs, la question se pose s'il devrait également être disponible pour régir les contrats conclus avec les mineurs ⁽⁶⁵⁸⁾. Les règles relatives à la capacité des

(655) *Ibid.*, p. 38.

(656) Voy. le rapport de H. PÉRINET-MARQUET, p. 156.

(657) *Ibid.*, *l.c.*

(658) Voy. le rapport de M. LOOS, p. 131-133.

parties sont, selon M. Loos, trop souvent perçues comme ne relevant que du droit des personnes, lors même que les conséquences de celles-ci sont fondamentales en droit des contrats. L'auteur constate à cet égard que les conditions auxquelles les mineurs peuvent s'engager valablement en droit (lesquelles sont notamment fonction de l'âge et du type de transactions), ainsi que les conséquences d'un contrat passé en violation de ces règles (nullité ou inexistence du contrat) diffèrent radicalement dans les différents systèmes juridiques. L'auteur regrette donc que la Commission n'ait pas profité de la préparation de l'instrument optionnel pour y intégrer des règles harmonisées en matière de conclusion de contrats par des mineurs consommateurs ⁽⁶⁵⁹⁾.

S'agissant des types de contrats spéciaux que devrait couvrir l'instrument optionnel, M. Loos précise qu'en réalité, vu le niveau d'harmonisation important déjà atteint en ce qui concerne le contrat de vente au niveau communautaire (spécialement au travers de la directive relative à la garantie des biens de consommation) et au niveau international (au travers de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises), ce n'est pas tant le contrat de vente que le contrat de prestation de services qui mériterait qu'un effort d'harmonisation lui soit consacré. Comme le relève l'auteur, les règles applicables au contrat de services présentent pourtant un niveau de fragmentation important, tant au niveau européen qu'au niveau national ⁽⁶⁶⁰⁾. Le même constat est opéré par J. Sénéchal : si nombre de directives tendent à assurer la libre prestation de services en Europe, l'objectif de bon fonctionnement du marché intérieur ne passe cependant pas nécessairement par l'édiction de règles matérielles en matière contractuelle ⁽⁶⁶¹⁾.

Dans sa configuration actuelle, l'instrument optionnel constituerait donc une opportunité manquée : pourquoi ne pas avoir profité du mouvement politique initié dans ce cadre pour transcrire dans l'instrument, au côté des règles applicables à la vente, celles applicables aux services, en s'appuyant notamment sur le Livre IV.C. du projet académique de Cadre commun de référence (DCRF) ⁽⁶⁶²⁾ ? H. Périnet-Marquet émet cependant différentes réserves par rapport à une telle démarche, constatant notamment que la généralité des principes énoncés dans le chapitre 1^{er} de ce Livre IV.C ne rendrait selon lui ceux-ci guère utiles, dans la mesure où, dans les règles concrètes applicables à chaque contrat, les exceptions, dérogations ou précisions à ces règles générales sont nombreuses ⁽⁶⁶³⁾.

(659) *Ibid.*, *l.c.*

(660) *Ibid.*, pp. 142-143.

(661) Voy. le rapport de J. SÉNÉCHAL, p. 29.

(662) Voy. le rapport de M. LOOS, p. 139.

(663) Voy. le rapport de H. PÉRINET-MARQUET, p. 157.

En ce qui concerne ces contrats de services, une difficulté particulière, soulevée par H. Périnet-Marquet, réside dans la définition même de la notion de « service » : cette définition varie au gré des instruments analysés, notamment la directive « services », le projet académique de Cadre commun de référence (DCFR) ou encore le projet d'instrument optionnel préparé par la Commission⁽⁶⁶⁴⁾. H. Périnet-Marquet souligne d'ailleurs l'inutilité de la définition du contrat de service énoncée dans ce dernier projet d'instrument, soit « *un contrat dans lequel un professionnel fournit ou s'engage à fournir un service au consommateur* ». De son côté, M. Loos identifie également les difficultés que ne manqueront pas de poser la notion de « services connexes », que visent également certaines dispositions du projet d'instrument optionnel. Ces dispositions ne s'appliqueraient en effet à ces services (installation, entretien, réparation ou tout autre traitement), qu'à la condition qu'ils soient effectués par le vendeur des biens et que le contrat relatif à l'exécution de ces services soit conclu simultanément au contrat de vente. Comme le relève l'auteur⁽⁶⁶⁵⁾, ceci ne manque pas de soulever certaines interrogations, dans la mesure où les services fournis par un tiers ou ceux fournis par le vendeur ultérieurement à la conclusion du contrat ne rentrent pas dans le champ d'application de l'instrument optionnel. De tels contrats demeureraient-ils alors nécessairement gouvernés par le droit national ? Le caractère inadéquat de cette solution, spécialement pour le vendeur du bien fournissant dans un second temps un service y associé, apparaît immédiatement. M. Loos suggère dès lors à tout le moins la suppression de la double limitation énoncée ci-dessus.

Outre les contrats de services, deux types de contrats ont, parmi la liste des contrats spéciaux, fait l'objet d'une attention plus particulière lors de cette journée d'étude : d'une part les contrats de distribution, d'autre part le contrat de mandat.

Concernant les contrats de distribution, E. Terryn et P. Naeyaert, après avoir dressé un état de lieux des réglementations applicables à ceux-ci, tant au niveau européen qu'au niveau national⁽⁶⁶⁶⁾, relèvent que les avantages justifiant habituellement le recours à un instrument optionnel sont moins évidents pour ces contrats. Ils pointent néanmoins le fait que, dans l'esprit de la Commission européenne, un tel instrument optionnel permettrait de s'affranchir des dispositions nationales impératives. Or, certains droits nationaux de la distribution conservent différentes dispositions impératives visant à protéger la partie considérée comme la plus faible du point de vue économique. La loi belge de 1961 relative aux concessions de vente exclusives en constitue un exemple. Les

(664) *Ibid.*, l.c.

(665) Voy. le rapport de M. LOOS, pp. 140-142.

(666) Voy. le rapport de E. TERRYNN et P. NAEYAERT, pp. 191-197.

auteurs approuvent dès lors la méthode choisie par la Commission en matière de vente, laquelle, si un instrument devait être préparé ultérieurement à propos des contrats de distribution, serait selon eux la seule à même d'inciter les entreprises engagées dans des contrats de distribution au niveau européen à adhérer au nouvel instrument ainsi mis en place ⁽⁶⁶⁷⁾.

Enfin, concernant le contrat de représentation, B. Mallet-Bricout observe d'abord la divergence existant selon les systèmes juridiques quant à la notion même de représentation. Là où certains systèmes reposent sur une conception étroite de la représentation (représentation « parfaite »), d'autres ont de ce mécanisme une conception bien plus large (représentation « imparfaite »). En d'autres termes, « la diversité des traditions juridiques et des opinions doctrinales laisse augurer une tâche particulièrement ardue » ⁽⁶⁶⁸⁾. Dans le projet académique de Cadre commun de référence, le choix a ainsi été influencé, dans le Livre IV.D (« *mandate* »), par la conception anglo-saxonne fort large de la notion de *agency*, en utilisant tour à tour le concept d'*agent* dans le sens d'un représentant (direct ou indirect) ou d'un simple intermédiaire. Comme l'explique B. MALLET-BRICOUT, à cette difficulté s'en ajoute une autre : la représentation constitue un concept théorique relevant de la théorie générale du contrat (possibilité ou non qu'une personne exprime la volonté d'une autre personne et l'engage directement à l'égard d'un tiers), alors que les contrats de représentation – l'auteur cite notamment, pour le droit français, le mandat, la commission, la déclaration de command, la délégation de pouvoirs en droit des sociétés, l'agent commercial, l'agent général d'assurances, l'agent immobilier, le mandat de protection future ou encore le mandat à effet posthume – ne constituent que des illustrations concrètes de ce concept ⁽⁶⁶⁹⁾ ; avant même de s'atteler au travail d'harmonisation en lui-même, un choix préliminaire délicat devra donc sans doute être effectué. Force est par ailleurs de constater que parmi ces différents contrats, le plus usité au niveau transfrontalier est le contrat d'agence commerciale, qui a précisément déjà fait l'objet d'une harmonisation au niveau européen ; l'utilité d'un instrument applicable plus généralement au(x) contrat(s) de représentation apparaît dès lors moins évidente.

Le récent projet d'instrument optionnel écarte de manière explicite la représentation de son champ d'application. B. Mallet-Bricout approuve le choix ainsi opéré par la Commission ⁽⁶⁷⁰⁾ : l'adoption d'un régime harmonisé de l'institution de la représentation et/ou des différents contrats de représentation ne

(667) *Ibid.*, pp. 203-205.

(668) Voy. le rapport de B. MALLET-BRICOUT, pp. 174-175.

(669) *Ibid.*, p. 176.

(670) *Ibid.*, p. 187.

constitue pas une priorité, par comparaison aux autres contrats spéciaux que sont le contrat de vente ou le contrat de prestation de services.

VI. CONCLUSION

Au plan académique, les avancées dans le domaine du droit européen des contrats ont été fulgurantes cette dernière décennie. Son aboutissement politique, concrétisé dans le projet d'instrument optionnel relatif à un droit commun européen de la vente, a été salué par la plupart des intervenants à cette journée d'étude. Le principe de l'harmonisation européenne du droit de la vente semble emporter l'adhésion de la majorité. L'examen du respect par ce projet des principes de proportionnalité et de subsidiarité mériterait toutefois d'être approfondi ; *a priori*, ceux-ci nous paraissent être rencontrés, notamment dans la mesure où les règles harmonisées en matière de conflits de lois mènent habituellement à la sélection du droit de l'un des différents systèmes juridiques, ceux-ci étant, pris individuellement, insuffisants à répondre aux besoins du marché intérieur et ne supprimant pas les coûts de transaction (*transaction costs*) liés, pour la ou les parties contractantes, à la diversité de tels systèmes au travers de l'Union européenne.

Si le principe de l'harmonisation reçoit un large assentiment, les modalités retenues font l'objet de critiques plus nourries. Celles-ci touchent, entre autres, à l'absence d'harmonisation préalable ou concomitante du droit européen des contrats en général, au choix de ne viser que les relations contractuelles transfrontalières, au mécanisme d'« *opt in* » retenu par la Commission européenne, à la définition de certaines notions – spécialement en ce qui concerne les « services connexes » –, à la primauté, en cas de choix par les parties du régime harmonisé, des dispositions de celui-ci sur les dispositions nationales analogues, même lorsqu'elle présentent un caractère impératif ou d'ordre public.

Enfin, si, à titre personnel, nous partageons l'opinion de M. Loos que le projet d'instrument optionnel, pour certaines des raisons évoquées ci-dessus, mais également parce qu'il n'établit aucun régime harmonisé applicable au contrat de service, constitue une occasion manquée⁽⁶⁷¹⁾, force est néanmoins de constater qu'une certaine réticence demeure lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la poursuite, à court terme, d'un processus d'harmonisation à d'autres contrats spéciaux que la vente, tels les contrats de service, de distribution ou de représentation. Sur ce point, la réflexion n'est sans doute pas suffisamment aboutie.

Rejoignant E. Terryn et P. Naeyaert⁽⁶⁷²⁾, il nous semble à tout le moins que le travail considérable accompli à propos de ces contrats par les rédacteurs du

(671) Voy. le rapport de M. LOOS, p. 139.

(672) Voy. le rapport de E. TERRYNN et P. NAEYAERT, p. 206.

projet académique de Cadre commun de référence (DCFR) devrait être repris par la Commission européenne et que, dans un premier temps, celui-ci soit, avec les aménagements nécessaires, transformé en boîte à outils à l'attention des législateurs nationaux et européens. Tel était l'un des principaux résultats attendus de l'action de la Commission européenne dans le domaine du droit des contrats, annoncé dès la Communication de la Commission du 11 juillet 2001 et renouvelé à plusieurs reprises depuis lors. Il constituait également l'une des options énoncées dans le Livre vert du 1^{er} juillet 2010. Comme l'observe aussi J. Sénéchal⁽⁶⁷³⁾, il semble cependant que cette option ait été quelque peu mise de côté, l'attention ayant été consacrée ces derniers temps à l'élaboration de la proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente. À nos yeux, cette dernière option n'exclut pourtant nullement les mécanismes de *soft law*, spécialement l'élaboration d'une boîte à outils en matière de droit européen des contrats, et en particulier des contrats spéciaux de service.

(673) Voy. le rapport de J. SÉNÉCHAL, p. 45.